

RESUMEN

**DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA.
INSCRIPCIÓN REGISTRAL
TITULAR REGISTRAL**

Se plantea en este trabajo la posibilidad de que el alma sea instituida como heredera de una persona, en virtud de lo establecido en el artículo 747 del Código Civil. Se analiza la posibilidad y validez de dicha institución a través de la jurisprudencia civil y registral, y los requisitos necesarios que en todo caso debe tener esta peculiar disposición. Además, se trata de analizar la relación entre la institución en favor del alma y el Registro de la Propiedad: si se puede inscribir a favor del alma, o no, y qué condiciones se exigen para dar cumplimiento a esa voluntad del causante en cuanto a su reflejo registral.

ABSTRACT

**TESTAMENTARY DISPOSITION. RE-
GISTRATION
REGISTERED OWNER**

This paper raises the possibility of the soul's being appointed a person's heir under section 747 of the Spanish Civil Code. The paper analyses the possibility and validity of such an appointment, through civil and registration case law, and the necessary requirements that such a peculiar disposition would at all events have to meet. In addition, the paper endeavours to analyse the relationship between a soul as heir and the property registration system: whether property can be registered as belonging to a soul or not, and what conditions are required in order to reflect compliance with such a will in the registration records.

1.4. Sucesiones

**EL LEGADO ALTERNATIVO Y LA FACULTAD DE ELECCIÓN O
CONCENTRACIÓN: LA MEDIACIÓN COMO FÓRMULA RECOMENDADA
JUDICIALMENTE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
PATRIMONIALES Y FAMILIARES DERIVADAS DE LA SUCESIÓN
MORTIS CAUSA**

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

Secretaria IDADFE

**SUMARIO: I. FUNDAMENTOS Y PARTICULARIDADES DEL LEGADO AL-
TERNATIVO EN EL DERECHO CIVIL COMÚN: 1. EL LEGADO ALTERNATIVO:
NOCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO SEGÚN EL ARTÍCULO 874 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. EL LEGADO
ALTERNATIVO COMO DISPOSICIÓN SINGULAR DE CARÁCTER PATRIMONIAL: LEGADO MERA-
MENTE OBLIGATORIO Y SIN EFECTO DIRECTO. 3. REFERENCIA AL DERECHO FORAL CATA-
LÁN Y NAVARRO.—II. LOS LEGADOS ALTERNATIVOS: DELIMITACIÓN DE
SUS PERFILES EN SEDE JUDICIAL: 1. UN CASO PRÁCTICO CONTROVERTIDO
JUDICIALMENTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 20 DE MAYO DE 2010: LA**

ELECCIÓN DEL TITULAR DE UN LEGADO ALTERNATIVO ES UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD UNILATERAL —QUE NO ACEPTACIÓN— QUE NO EXIGE FORMALIDAD ALGUNA NI PRECISA ACEPTACIÓN POR EL OBLIGADO A ENTREGARLA. 2. OTRAS CONTROVERSIAS EN MATERIA DE LEGADOS ALTERNATIVOS Y TÍTULOS NOBILIARIOS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE OCTUBRE DE 1980: LA CONCENTRACIÓN POR PAGO Y LA CONCENTRACIÓN POR ELECCIÓN. 3. LA CAUTELA SOCINIANA, COMUNIDAD POSTGANANCIAL Y FORMAS ESPECIALES DE ELECCIÓN DEL LEGADO: AUDIENCIAS PROVINCIALES Y DGRN.—III. MEDIACIÓN: DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA E *ITER* LEGISLATIVO DE LA FUTURA LEY ESTATAL DE MEDIACIÓN: 1. NOCIONES PREVIAS: TÍTULO COMPETENCIAL CONSTITUCIONAL Y LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. 2. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES Y SU TIPIFICACIÓN COMO ACUERDO CON EFICACIA DE TRANSACCIÓN: ARMONIZACIÓN CON LAS REGULACIONES AUTONÓMICAS Y HOMOLOGACIÓN DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN PREVIOS A SU ENTRADA EN VIGOR. 3. JUSTICIA RESTAURATIVA Y DESCONGESTIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES: LA MEDIACIÓN CIVIL Y FAMILIAR COMO REMEDIO AL ATASCO JUDICIAL. 4. LA MEDIACIÓN COMO RECOMENDACIÓN JUDICIAL Y *OBITER DICTA*.

I. FUNDAMENTOS Y PARTICULARIDADES DEL LEGADO ALTERNATIVO EN EL DERECHO CIVIL COMÚN

1. EL LEGADO ALTERNATIVO: NOCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO SEGÚN EL ARTÍCULO 874 DEL CÓDIGO CIVIL

Como bien advierten los estudios dedicados a la materia, y pese al acierto de la regulación autónoma a la institución del heredero, las imprecisiones contenidas en la Sección décima «De las mandas y legados» (1) abren multitud de interrogantes en su aplicación práctica (2). Es el caso del legado alternativo, previsto en el artículo 874 del Código Civil que, al concretar que en éstos «se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador», no proporciona una definición de este sistema de transmisión *mortis causa* y, escuetamente, elige el sistema de la remisión a otro conjunto de normas.

Empero, del texto transcrito se trasluce el régimen jurídico al que habrá de estarse en los legados alternativos. De una parte, y, con carácter previo, será de aplicación preeminente el primario o resultante de la voluntad del testador; en su defecto, entrará a colación el secundario que, mediante remisión legal a las disposiciones obligatorias, suplirá o colmará la ausencia o total o parcial de previsiones del causante.

Se evidencia así que el legislador quiso conferir absoluto protagonismo (3) a la voluntad del testador, siendo ésta la determinante del régimen jurídico,

(1) Artículos 858 a 891.

(2) Vid., GARCÍA CANTERO, «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código Civil», en *RCDI*, 497, 1973, págs. 781 a 810.

(3) Coincidente, por tanto, con el sentido del artículo 675, al decir que: «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que parezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará la que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento» deposita en la voluntad del testador total preeminencia. Sobre la indagación de la verdadera voluntad del testador y las reglas interpretativas, vid., entre otras muchas, las SSTs de 1 de febrero de 1988, 9 de octubre de 2003, 19 de diciembre

salvo que resulte de aplicación subsidiaria o complementaria a las disposiciones *mortis causa*, lo legalmente previsto para las obligaciones alternativas (4). Cabe añadir en este punto y en buena lógica con la propia autonomía de la voluntad privada, que esta facultad del causante no alcanza a la desnaturalización de la esencia del legado alternativo, por lo que contravendría la ley que el testador «vulnere ese carácter de alternatividad consustancial a este tipo de institución» (5).

En cuanto al origen y a su propia denominación, advierte CUADRADO que «el calificativo “alternativo”, hoy generalizado y adoptado por el legislador en los artículos 874 y 1.131 a 1.136 del Código Civil, no fue utilizado por los romanos. En el Derecho Romano se empleaban expresiones como *disiuncta verba*, *disiunctim legare*, *disiunctio*, o *stipulari (legare) illud aut illud*. Ello ha provocado que algún autor haya usado el vocablo “disyuntivo”, en lugar de “alternativo”. Si los romanos hubiesen necesitado una locución abstracta, habrían utilizado la expresión *disiunctiva stipulatio* o *disiunctivum legatum*. A pesar de ello, en el Digesto también se utilizaron locuciones como *institutus alternata conditione*, *sub alternatione*, *alternatio locorum*, *sine alternatione*, si bien en

de 2006; sobre la bibliografía en la materia, vid., «Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación», en *RCDI*, marzo-abril, 718, 2010, págs. 778 a 790.

(4) Así, incluidas en el Libro IV, *De las obligaciones y contratos*. Título I. *De las obligaciones*. Capítulo III. *De las diversas especies de obligaciones*. Sección 3.ª *De las obligaciones alternativas*: Artículo 1.131. El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra. Artículo 1.132: La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor. El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación. Artículo 1.133: La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada. Artículo 1.134: El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable. Artículo 1.135: El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubiesen desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta. La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible. Artículo 1.136: Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor. Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas: 1.ª Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiera. 2.ª Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido. 3.ª Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio. Las mismas reglas se aplicarán a las obligaciones de hacer o de no hacer, en el caso de que alguna o todas las prestaciones resultaren imposibles [para su comentario, vid., RAMS ALBESA, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO, PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dírs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 11 y sigs., así como LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2009, 13.ª ed., pág. 69 y sigs., y la bibliografía allí citada].

(5) OSSORIO SERRANO, «Comentario al artículo 874 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO, PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dírs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2134 a 2136.

textos de dudosa autenticidad. Por otra parte, en las fuentes bizantinas podemos hallar la expresión *hypò alternatona*» (6).

Por tanto, y como noción que refunde lo apuntado y describe con exactitud esta institución, a juicio de LASARTE ÁLVAREZ, *estaríamos* «frente a un legado alternativo cuando el causante haya previsto distintas prestaciones a cargo del heredero gravo u obligado, quien, por tanto, sería el legitimado para llevar a cabo la elección entre las diversas prestaciones previstas, conforme a lo establecido por el artículo 1132.1». Enfatiza, a su vez, que la escasa o nula presencia jurisprudencial de esta institución es una prueba de que la «existencia de legados alternativos puros (...) más parece una entelequia que otra cosa» (7).

2. EL LEGADO ALTERNATIVO COMO DISPOSICIÓN SINGULAR DE CARÁCTER PATRIMONIAL: LEGADO MERAMENTE OBLIGATORIO Y SIN EFECTO DIRECTO

La mejor doctrina señala al legado alternativo como desprovisto del efecto directo que ostentan aquellas singulares disposiciones testamentarias cuyo objeto consista en una cosa cierta, donde se produce la adquisición inmediata del legatario. En estos últimos casos, la adquisición se produce desde el preciso y exacto momento del fallecimiento del causante (8). Sin embargo, ni la cuestión es pacífica ni parece que pueda resolverse de forma unívoca en todas las disposiciones testamentarias. En este sentido ALBALADEJO discrepa de aquella calificación obligacional y sus consecuencias ya que, a su juicio, la concentración hace que la adquisición se retrotraiga al momento del fallecimiento del causante (9).

Veremos ahora la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2010, que parece inclinarse a que el legatario deviene titular del legado *ipso iure* desde el momento de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante, pese a que dicha titularidad es distinta de la elección concreta del objeto que haya de ser cumplido por los herederos o los sujetos pasivos del legado alternativo. Con todo y como se ha apuntado, no resulta posible generalizar, dada la autonomía de la voluntad presente en la elaboración de la cláusula testamentaria pudiéndose concretar el momento efectivo de la aceptación y por tanto del momento concreto de la transmisión de la titularidad del bien o derecho legado.

De otra parte, confluyen distintos momentos y potencialmente diversos objetos, derechos o bienes, cuyos requerimientos legales podrán ser distintos en función de la prestación concreta elegida: por tanto no parece posible

(6) CUADRADO PÉREZ, *El legado alternativo*, Madrid, 2003.

(7) *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2008, 5.ª ed., pág. 147.

(8) Así lo fijaron LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión 1992), pág. 314 y sigs., si bien no es cuestión pacífica el momento de la adquisición por parte del legatario; vid., también el artículo 882.1 por cuanto concreta que «el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere [el testador] (...)»; señala por su parte FERNÁNDEZ-DÍEZ, que este precepto es de carácter dispositivo (vid., «Comentarios a la Sección 10.ª del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Pamplona, 2009, 3.ª ed., pág. 1057). En buena lógica, el efecto de la adquisición automática imputa los riesgos al legatario como propietario que es (vid., entre otros, O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 5, Barcelona, 1999).

(9) ALBALADEJO GARCÍA, «Comentarios a la Sección 10.ª del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, I, 2, Madrid, 1998, 2.ª ed.

ofrecer una solución universal o de carácter general al régimen de estas cláusulas, sin omitir el funcionamiento y la aplicabilidad de la regla de la transmisión del riesgo en estos supuestos:

- a) El momento de la *adquisición de la titularidad del legado*, que se produce *ipso iure* por la apertura de la sucesión.
- b) La *aceptación, expresa o tácita, o en su caso renuncia del legado*, mediante declaración de voluntad unilateral que se emite de forma expresa o tácita.
- c) El *ejercicio de la facultad de elección* por parte de quien ostente esta facultad (serán los herederos salvo que se diga otra cosa como deudores), de cuál de las prestaciones será la elegida.
- d) La *aceptación del legado concreto* por parte del legatario.
- e) La *entrega material de la cosa* por parte del obligado.

En este sentido, la DGRN ha tenido ocasión de pronunciarse en la materia, en un asunto sobre el cabal sentido imputable a una oscura cláusula testamentaria en que es expresa la voluntad de la testadora de que sus hijos den cumplimiento a la obligación de transmitir la propiedad de un inmueble. En su texto y con la finalidad de ventilar si la disposición es o no un auténtico legado (de cosa determinada propia del testador), o, si antes bien, nos encontramos ante una disposición de carácter modal, dice la Resolución de 19 de mayo de 2005, que las de esta última categoría, obligan pero no suspenden ni la adquisición, ni la inscripción en favor de los herederos, constituyendo atribuciones patrimoniales indirectas, las cuales, no suponen delaciones —ni vocaciones— sucesorias.

Apréciense sus consecuencias, ya que dice la Resolución que el legado alternativo que «se resolvería en una obligación alternativa, con una evidente consecuencia: sólo desde la elección —por el heredero gravado—, el legatario adquiriría derecho a que le fuere entregada la cosa, si bien el favorecido no adquiriría derecho real sobre dicha cosa hasta que la misma le hubiere sido entregada (cfr. art. 1.095 del Código Civil)».

Por aplicación de los artículos sobre las relaciones obligatorias cuyo objeto consista en una cosa o bien alternativo, ya se ha dicho que «la elección de la cosa concreta —salvo disposición contraria del testador— corresponderá al obligado, que deberá notificarla al legatario y será irrevocable, no pudiendo elegir la que fuere imposible o ilícita» (10). Por su parte, para el Derecho navarro y salvas las disposiciones voluntarias, si en el legado alternativo con efecto real se atribuye esta facultad al legatario y la titularidad de la cosa la ostentará por disposición legal desde la muerte del causante, en el legado personal, será el heredero quien pueda ejercitarla (11).

(10) Así lo declara O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 5 (*Derecho de Sucesiones*), Barcelona, 1999. En cuanto a la titularidad del derecho o facultad de elección, aclara la RDGRN, de 18 de marzo de 2005, el albacea es la persona que se encarga de ejecutar la última voluntad del testador, pero en ningún momento puede ser considerado como representante de legatario y con ello no puede sustituir su manifestación de voluntad.

(11) Vid., ARREGUI GIL, «Comentario a la Ley 248: Legado alternativo. Título IX. De los legados», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (Dirs.), Tomo XXXVII, vol. 1.º, Madrid, 1998, nota 4.

De modo que no debe confundirse entre:

- a) La titularidad del legado, que corresponde al legatario *ipso iure* desde la apertura de la sucesión.
- b) Con la aceptación o renuncia del legado por parte del legatario.
- c) Ni con la elección o acto de concentración como acto unilateral que recaerá, salvo que se haya dicho lo contrario en los herederos que son, precisamente, los obligados a la entrega de dicho legado.

Por tanto, esta facultad de concentración o elección es una declaración válida por sí, por el hecho de emitirla de forma expresa o tácita el deudor-heredero o el legatario legitimado para ello. Distinta será la discusión sobre si es recepticio o no, en el entendido de que para que produzca efectos habrá de ser notificada de forma fehaciente al heredero, caso de que el legado y la facultad de elección recaiga en el legatario, y desde dicho preciso instante queda especificada la prestación sea de hacer, no hacer o entregar (12).

Otras cuestiones pendientes de resolución nos hacen remitirnos al instituto de evicción, para concretar el alcance de la obligación de saneamiento en caso de privación del bien o derecho en cuestión. En este sentido, el artículo 860 advierte que será responsable el obligado a la entrega del legado, siempre y cuando la cosa fuere indeterminada y se señalare sólo por género o especie. Con todo como bien señala DURÁN RIVACOBÁ, «hasta la especificación permanece firme la máxima *genus nunquam perit* si, una vez el bien deviene concreto, éste se pierde a instancias externas por evicción, resulta evidente que la responsabilidad del obligado permanece incólume y ha de proceder a la defensa del *accipiens*, que cumpla con sus legítimas expectativas, como el *de cuius* había establecido» (13).

3. REFERENCIA AL DERECHO FORAL CATALÁN Y NAVARRO

Por fin y antes de entrar al examen de algunos pronunciamientos y resoluciones, conviene no olvidar que en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, se contempla el *Legado catalán*, declarándose en su artículo 427-25 sobre el *Legado alternativo*: 1. En el *legado alternativo*, el causante puede atribuir la facultad de elección a un tercero, el cual debe hacer la elección mediante una declaración de voluntad dirigida a la persona gravada con el *legado*. 2. Si el causante no establece nada respecto a la facultad de elección, ésta corresponde a la persona gravada. La facultad de elección es transmisible a los herederos. 3. La elección, una vez hecha, es irrevocable.

Por su parte, la Ley 248 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra, dice sobre esta disposición *mortis causa*, que: «en el legado alternativo de efecto real, la elección corresponde al legatario, y en el de efecto personal, al heredero, salvo que fuera otra la voluntad del disponente» (14).

(12) Por lo que se refiere a la necesidad de que conste la aceptación expresa en documento público de la elección efectuada por la legataria y su aceptación de la hipoteca, vid., lo que luego se dirá de la RDGRN de 18 de marzo de 2005.

(13) *Evicción y saneamiento*, Pamplona, 2002, pág. 113.

(14) Vid. ARREGUI GIL, «Comentario a la Ley 248: Legado alternativo. Título IX. De los legados», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (Dir.), Tomo XXXVII, vol. 1.º, Madrid, 1998; EGUSQUIZA BALMASEDA, «Comentario a la Ley 248», en *Comentarios al Fuero Nuevo*, RUBIO TORRANO (Dir.), Pamplona, 2002.

II. LOS LEGADOS ALTERNATIVOS: DELIMITACIÓN DE SUS PERFILES EN SEDE JUDICIAL

1. UN CASO PRÁCTICO CONTROVERTIDO JUDICIALMENTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 20 DE MAYO DE 2010: LA ELECCIÓN DEL TITULAR DE UN LEGADO ALTERNATIVO ES UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD UNILATERAL —QUE NO ACEPTACIÓN— QUE NO EXIGE FORMALIDAD ALGUNA NI PRECISA ACEPTACIÓN POR EL OBLIGADO A ENTREGARLA

Corresponde ahora comprobar cuál es la dicción de una disposición singular testamentaria de esta naturaleza y la controversia judicial llevada ante el Tribunal Supremo, donde se resuelve algún aspecto controvertido no tanto en su calificación, como en la ejecución testamentaria.

Para comprobar la fórmula empleada habitualmente en los testamentos para contemplar un legado alternativo, vamos a transcribir el supuesto ventilado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2010, siendo Ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, en la que no se discute la calificación técnica de la disposición singular contemplada por el padre de los demandantes, sino la división judicial de la herencia.

Primero: el tenor literal de la cláusula:

En su testamento otorgado con fecha 27 de enero de 1989, ordena su última voluntad en dos cláusulas: «1.^a Lega a su citada esposa, el usufructo universal de su herencia, o el pleno dominio de toda la parte de la misma de libre disposición, más su cuota legitimaria a su elección. 2.^a Instituye herederos a sus citados hijos»...

Partes del proceso:

Demandante: la viuda del causante y uno de los hijos.

Demandado: otro de los hijos del causante.

Proceso y objeto:

Se trata de un proceso de división judicial de herencia, en que se declara el inventario y se hace por el contador el cuaderno particional, habiéndose opuesto a éste el demandado, recurriendo en apelación y presentando ahora el recurso de casación por infracción de normas que se desestima con imposición de costas.

Características del legado testamentario:

De lo visto se sigue que dicha cláusula testamentaria:

1. Es un legado.
2. Es un legado alternativo ya que el causante ha previsto dos prestaciones a cargo de los herederos.
3. El sujeto pasivo, o deudor o deudores, son los herederos universales.
4. Los deudores cumplirán su obligación, ejecutando una de entre las dos prestaciones adeudadas.
5. Es sujeto activo o acreedor de este legado alternativo la legataria.
6. En el ejercicio de su autonomía, el causante establece y rectifica el régimen ordinario de las obligaciones alternativas, por lo que a la facultad de elección se refiere.

7. La facultad de elección o concentración se imputa por voluntad del testador a su esposa y legataria, descartando que sus hijos y herederos como deudores, concentren o elijan cuál de las dos obligaciones son debidas.

Cuestiones sobre la facultad de elección y el legado del caso de autos:

1. Requisitos y naturaleza de la facultad de elección: se trata de una declaración de voluntad unilateral.
2. No se exige formalidad alguna.
3. No precisa aceptación por el obligado a su entrega.
4. Se puede formular de forma expresa, o de forma tácita mediante hechos concluyentes.
5. El legatario deviene titular del legado *ipso iure* desde el momento de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante.
6. El legatario puede renunciar a su legado.
7. Es distinta la aceptación del legado, con la elección del legado alternativo.

En su virtud y como el hijo del causante que fue demandado en primera instancia y que apeló e instó la casación alegando que su madre como legataria había aceptado por hechos concluyentes el legado de la opción del usufructo, resuelve el Tribunal Supremo desestimando sus pretensiones, toda vez que, en ningún momento se ha acreditado hecho alguno que permita estimar la aceptación tácita del legado que pretendía.

2. OTRAS CONTROVERSIAS EN MATERIA DE LEGADOS ALTERNATIVOS Y TÍTULOS NOBILIARIOS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE OCTUBRE DE 1980: LA CONCENTRACIÓN POR PAGO Y LA CONCENTRACIÓN POR ELECCIÓN

Otro supuesto ventilado por el Tribunal Supremo en su sentencia *de 3 de octubre de 1980*, transcribe la problemática cláusula testamentaria que dispone: «Es deseo del testador que ordena a su hijo don Clemente que lo cumpla, ya que ha de sucederle en los títulos, ceda a su elección a su hermano Jesús Carlos, los correspondientes a una de las tres casas de x, y, z, con todos los títulos anejos. Ruega a su hijo don Clemente no hacer cesión de los títulos a sus hermanos hasta que éstos hayan contraído matrimonio, y sólo en el caso de que la elección de esposa haya sido de su agrado».

En los Considerandos de la sentencia se dice que «el mentado causante no estableció una delegación en la distribución de los títulos, correspondientes a las tres casas aludidas; sino que, por el contrario, realizó precisa distribución de ellos entre sus dos hijos aludidos, con asignación forzosamente de uno a dicho don José Enrique por elección que al respecto efectuará el primogénito don Clemente, para que quedase en definitiva cumplimentada en su real efectividad la exigencia de reserva a su favor del título que considerase principal».

Y, finalmente, por lo que a la materia interesa, concreta la calificación y régimen jurídico de aplicación a dicha cláusulas: «en consideración a que la obligación creada por el tantas veces mentado causante don Jesús Carlos a cargo de su hijo primogénito don Clemente y a favor de su también hijo don Jesús Carlos, para que aquél entregase a éste el que eligiese de entre los varios títulos relacionados poseídos por dicho causante, genera en definitiva por

modo analógico, la naturaleza y efectos de las obligaciones alternativas con específica proyección al *legado alternativo* que contempla el artículo 874, en relación con el 1.131 a 1.136 del Código Civil, en cuanto don Clemente quedó constreñido a la prestación de una determinada prestación de entre las varias previstas como posibles, que se extinguen por la ejecución de la una o de la otra, por el particular fenómeno jurídico de la concentración, productor de que lo que inicialmente viene establecido como obligado, aunque de modo indeterminado, se concrete de modo definitivo, por derivación de la concepción dominante de que toda obligación alternativa constituye no una suma de obligaciones determinada por la pluralidad de sus posibles objetos, sino una obligación única en la que se dote una sola prestación, que aun cuando inicialmente pueda aparecer indeterminada dentro de los límites trazados en su creación, queda precisada al tiempo de darle cumplimiento (concentración por el pago) o con autoridad, al tiempo de ser elegida la prestación (concentración por la elección)».

3. LA CAUTELA SOCINIANA, COMUNIDAD POSTGANANCIAL Y FORMAS ESPECIALES DE ELECCIÓN DEL LEGADO: AUDIENCIAS PROVINCIALES Y DGRN

Más común es la inclusión de un legado alternativo, pero en la forma de la discutida cautela sociniana, cuya naturaleza jurídica aún está pendiente de resolución y que no nos es posible plantear en este trabajo, por razones obvias. Con todo, se trae causa a esta sede de dos Resoluciones de las Audiencias, toda vez que es objeto de controversia si la opción que se ha de ejercitar es o no un legado alternativo.

Así, en la sentencia de la *Audiencia Provincial de Asturias, de 30 de enero de 2004*, sobre un testamento otorgado por el esposo de la actora, el testador lega a su esposa el usufructo universal, vitalicio y sin fianza de toda su herencia, con la advertencia de que «si alguno de los legitimarios no lo respetara, manda quede reducida su participación a la legítima corta o estricta; y en el caso de que todos lo incumplieran, lega el usufructo de mejora además del pleno dominio del tercio de libre disposición: “TS de 10-7-2003, en la que el Alto Tribunal declara no tomar en cuenta que nos hallamos ante un testamento notarial y de cierta complejidad y en el que el testador otorga a su cónyuge el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia, pero establece asimismo que en caso de que no fuese aceptada dicha fórmula por cualquiera de sus hijos y herederos, se trueca en la plena propiedad del tercio de libre disposición. Ello implica la denominada cautela sociniana o gualdense, consistente en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, a más de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario. La sentencia de esta Sala, de 3 de diciembre de 2001, ha señalado la validez de tal cláusula y asimismo que el legitimario afectado tiene derecho a realizar la opción del artículo 820.3 (si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador) y añade, igualmente, dicha resolución, que en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias

sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el Notario autorizante, es razonable pensar que el legislador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a la voluntad del legitimario gravado, cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla”.

Por tanto, en dicha sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 30 de enero de 2004, se declara que “no impugnando la resolución del juzgador *a quo* en cuanto estima que en el testamento se estableció la cautela socini, que nos encontramos ante un *legado alternativo*, o que la opción corresponde ejercitarla a los legitimarios gravados, y que éstos no la han ejercitado”.

La *sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 27 de septiembre de 2005*, transcribe una interesante disposición *mortis causa*, en un asunto en que se ventila la nulidad del cuaderno particional: «El fallecido otorgó testamente abierto ante el Notario de San Sebastián D. A. el día 9 de julio de 1999, en la cláusula primera consta la siguiente disposición: “Primero: Lega: (...) A doña Inmaculada, el usufructo vitalicio de la mitad indivisa del tercio de libre disposición de la herencia del otorgante. Ordena que, si doña Inmaculada lo quiere así, ese usufructo recaiga sobre una participación (que equivalga a la expresada mitad indivisa del tercio de libre disposición) de la casa número ... de la de San Sebastián que le pertenece al testador”. «La Sala parte de la existencia de un cuaderno particional protocolizado notarialmente en cuyo epígrafe sobre adjudicaciones de la legataria doña Inmaculada, consta el siguiente texto: «(...) Y actuando de consuno esta legataria y los dos hijos herederos acuerdan compensar dicho legado por una pensión vitalicia».

Pese al tenor de dichas adjudicaciones del cuaderno, la Sala aprecia: «que no ha existido consentimiento de la actora para mutar el legado usufructuario de parte alícuota en una pensión vitalicia de la forma en la que aparece expresamente redactado en el apartado B) adjudicaciones segundas del Cuaderno Particional: La actitud de la señora Inmaculada a lo largo de la fase preprocesal fue concluyente y uniforme, exigiendo el cumplimiento de la voluntad testamentaria y optando por el usufructo de la mitad indivisa del tercio de libre disposición respecto del inmueble. Ello queda plasmado en el complejo documental».

Adicionalmente advierte que: «en relación a la cuestión referida a la entrega de legado se hace cita de la STS de la Sala de lo Civil, de 21 de abril de 2003, en que se declara: «(...) Como señaló la añeja sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1947, el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. La sentencia de 25 de mayo de 1992, ha recogido que de acuerdo con el artículo 882 del Código Civil (...) cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 del CC) lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los artículos 392 y siguientes. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947, que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia *sine qua non* para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el artículo 882. En la misma

línea, la de 29 de mayo de 1963, que aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta, por sí, para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado (...)».

Por su parte, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de febrero de 2009*, reitera que única y exclusivamente de los hechos concluyentes se puede deducir que haya habido ejercicio del derecho de opción sobre el legado alternativo, por lo que el cumplimiento de las obligaciones fiscales sobre la comunidad postmatrimonial que se produjo ante la falta de liquidación de la sociedad conyugal, en ningún caso implica el ejercicio de la facultad de opción que le correspondía.

Así, declara: «fallecido el primigenio causante don Ignacio, ni la legataria ni los herederos por pasividad, desidia o mera conveniencia, pues los segundos reconocen abiertamente su convencimiento de que cuando falleciera la primera serían sus únicos herederos, prescindieron voluntariamente de proceder a la necesaria liquidación de la sociedad conyugal y ulterior partición de la herencia, creándose así una sociedad postmatrimonial administrada *de facto* por la de cónyuges superviviente, con el beneplácito y asesoramiento de los herederos, en cuanto que ya era poseedora de los bienes, dado su carácter ganancial, lo que propició la percepción por su parte de las rentas, titularidad del metálico bancario y cumplimiento de declaraciones fiscales, que en absoluto suponen aceptación táctica de haber hereditario alguno, ni, mucho menos, elección de uno de los legados alternativos, a lo que cabe añadir en igual sentido y a mayor abundamiento, las manifestaciones vertidas por la contadora partidora en el cuaderno particional a propósito de su desatendido requerimiento a las partes para que le suministraran información complementaria, de donde se colige que no se realizó disposición ni opción alguna, lo que queda corroborado por el hecho de existir al fallecimiento de la viuda el dinero metálico inventariado, en cantidad superior a la dejada por el causante, según se desprende del anterior pleito ordinario al que ya se hizo referencia».

En cuanto a las Resoluciones de la DGRN, destacaremos la de *18 de marzo de 2005*, ya que ventila algunas cuestiones sobre la facultad de elección y el envoltorio jurídico que ha de exigirse. En el caso se requiere que el ejercicio de opción conste en escritura pública, fundamentalmente por su viabilidad, toda vez que se trataba de garantizar con hipoteca el cumplimiento de uno de los legados posibles; a mayor abundamiento, el único legitimado para ejercer el derecho de opción es precisamente, el legatario o persona en quien delegue.

En definitiva, la forma en este caso deviene esencial no tanto por la que deba exigirse al régimen de la aceptación en sí, sino porque la aceptación del legatario que en este supuesto resulta ser acreedor hipotecario va indisolublemente unida al requisito legal de la hipoteca en sí. De modo que se advierte que dicha aceptación ha de constar, bien en la propia escritura particional o en otra distinta, pero en documento público.

Dice por tanto la Resolución: «se plantea si es inscribible una escritura de operaciones particionales en la que concurren albacea y herederos, en la que éstos constituyen hipoteca unilateral sobre bienes que le han sido adjudicados, en garantía de un legado de renta vitalicia por el que opta la legataria —según manifiesta el albacea—, sin que conste la intervención expresa de ésta para realizar la opción entre los dos legados alternativos ni para aceptar la hipoteca unilateral como acreedora. Tanto el Registrador como el recurrente coinciden

en la naturaleza del legatario como sucesor a título particular, y la clase de legado ante el que nos encontramos, legado alternativo cuya elección corresponde a la legataria; sin embargo difieren en la forma de acreditar dicha elección por la legataria. PRIMERO: El albacea es la persona que se encarga de ejecutar la última voluntad del testador, pero en ningún momento puede ser considerado como representante de legatario y con ello no puede sustituir su manifestación de voluntad. El hecho de que sea el albacea el designado por el testador para proceder a la entrega del legado, no obsta para que la legataria, por sí o por medio de representante, deba ejercitar la facultad que el testador le da en el propio testamento. SEGUNDO: El ejercicio de la *opción entre los legados alternativos deberá constar en escritura pública, máxime cuando lo que se pretende es garantizar el cumplimiento de este legado de renta vitalicia con hipoteca unilateral a favor de legatario*, y por tanto el acceso al Registro de la Propiedad de dicha elección de la que nace la obligación que se garantiza, elemento objetivo, esencial en la hipoteca (arts. 3 y 145 LH). El Registrador, al calificar este documento, ha obrado en uso de sus facultades, estando legitimado por la Ley para exigir la acreditación de la opción, pues el Registrador califica tanto la capacidad de los otorgantes, como la validez de los actos dispositivos (art. 18 de la Ley Hipotecaria). TERCERO: El principio de titulación auténtica exige escritura pública como elemento formal de la hipoteca, para que pueda lograrse su inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad. Y esta exigencia se cumple con la escritura presentada, ya que no se trata de una mera acta de protocolización de operaciones particionales, sino que se trata de una verdadera escritura de aprobación y ratificación de las operaciones contenidas en el cuaderno particional. No obstante, *falta la constancia dentro de esa escritura o en otra posterior de la elección efectuada por la legataria y su aceptación de su consideración de acreedor hipotecario* (piénsese en lo sencillo de la subsanación del defecto advertido, pues basta la presentación de la escritura de aceptación de la hipoteca por parte del legatario de la hipoteca unilateral para que ello implique reconocimiento de la elección).

En resumidas cuentas, lo que se evidencia de las resoluciones de las que se trae razón, no es tanto la dificultad de intelección de ciertas cláusulas en las que entra en juego la voluntad del causante o la determinación del régimen jurídico para estas singulares disposiciones *mortis causa*, como que su tenor literal ha entrado en colisión con los intereses patrimoniales de las partes implicadas.

III. MEDIACIÓN: DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA E ITER LEGISLATIVO DE LA FUTURA LEY ESTATAL DE MEDIACIÓN

1. NOCIONES PREVIAS: TÍTULO COMPETENCIAL CONSTITUCIONAL Y LEGISLACIÓN AUTÓNOMICA

Conviene ahora ocuparse de la riqueza doctrinal que se desprende de la Sala primera del Tribunal Supremo, donde no se oculta la posibilidad de resolver los conflictos, acudiendo a otras fórmulas tan efectivas como la judicial pero más rápidas y menos traumáticas y solemnes. Ahora lo veremos, si bien para concretar la exacta trascendencia de esta recomendación *obiter dicta* o consideración hecha marginalmente —dispuesta a la vista de su reiteración a alcanzar la consideración de doctrina consolidada—, es aconsejable manejar

lo que, en fechas próximas, será el «acuerdo» (15) de mediación que, además de las modificaciones procesales correspondientes, alterará los perfiles del contrato de transacción.

Por tanto, sirva como noción y descripción de la finalidad de este instituto, la siguiente: «la mediación supone la superación del binomio que se refleja en el proceso judicial entre las partes, actora-demanda, ganadora-perdedora o culpable-inocente; al dirigirse, de forma pacífica y no competitiva, a través de un proceso voluntario, a obtener un resultado de máxima satisfacción para cada una de las partes inicialmente enfrentadas por el conflicto» (16).

Si como se ha señalado tanto la mejor doctrina (17), la Ley de Enjuiciamiento Civil fue una oportunidad perdida para impulsar la mediación, el siguiente hito, en lo que será la futura Ley estatal en la materia, lo formuló la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (18).

En la Disposición Final tercera de la mencionada Ley 15/2005, se estableció que: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas». Y con ello no ha de entenderse que en el ámbito dicho sistema alternativo de resolución de conflictos sea estrictamente la familiar (19), sino que buena parte de las controversias llamadas a ser solventadas por un proceso distinto del judicial, como es la mediación, tenga este origen (20).

(15) De momento sólo acuerdo, que no contrato, pese a su equiparación a los efectos del contrato de transacción.

(16) VILLAGRASA ALCAIDE, «El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos», en *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), Madrid, 2007, pág. 133. Su naturaleza jurídica ha sido defendida como contrato atípico, donde intervienen dos elementos subjetivos: «de un lado, aquellos que están sufriendo la crisis o conflicto en cuestión, y de otro, el agente mediador» (PÉREZ GIMÉNEZ, «La mediación familiar: perspectiva contractual», en *Aranzadi Civil*, 22, 2006).

(17) Vid. ORTUÑO MUÑOZ, «Prólogo», «Mediación familiar (Conflicto: técnicas, métodos y recursos)», SORIA, VILLAGRASA y ARMADANS, Barcelona, 2008, pág. 12 y sigs.; TORRES ESCÁMEZ, «La mediación como medio de solución de conflictos jurídicos. La necesidad de su urgente regulación», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 448, 2000, págs. 1 a 4.

(18) Recientemente vid., de la IX Legislatura (2008-Actualidad) la Proposición de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso. Proposición de Ley de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en materia de mediación familiar (122/000241). Presentado el 9-7-2010, calificado el 19-7-2010.

(19) PEDRAZ PENALVA daba buena cuenta de las controversias que puede resolver la mediación en el sistema norteamericano del Minitral, sea daños, construcción, separación y divorcio, disputas familiares, seguros... (vid., «El proceso y sus alternativas», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Arbitraje, Mediación, Conciliación*, Madrid, 1995, pág. 49).

(20) Como destaca GARCÍA VILLALUENGA, la Recomendación 98 (1) «hace suya la conveniencia de extender la mediación familiar a todas las posibles relaciones familiares, para que se beneficien de este sistema, lo que atiende, sin duda, a un concepto global y extenso de familia, fiel reflejo en la realidad social europea. Asimismo, se pretende favorecer en el texto la oportunidad de que las partes puedan solicitar la mediación en cualquier fase del proceso, permitiendo incluso interrumpirlo para instaurarla, adquiriendo así la voluntariedad un carácter notable en aquél», vid., Ap. II, a y b, y Ap. V. a y b de la Recomendación (98) 1 de Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar, reunión 616 de los Delegados de Ministros, celebrada el 21 de enero de 1998 («La mediación familiar: una aproximación normativa», en *Portu-*

En particular y en el ámbito de competencias exclusivas del Estado, en materia de legislación mercantil, procesal y civil, la Ley de Mediación articulará un marco mínimo para su ejercicio, sin perjuicio de las disposiciones existentes o que puedan existir en las Comunidades Autónomas (21).

Téngase en cuenta que al día de hoy y en el ejercicio de las competencias en materia de protección social, existen un buen número de normativas que regulan la mediación y de las que se pueden señalar las siguientes: En Cataluña, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña (vigente hasta el 19 de agosto de 2009); ha sido sustituida por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado (22). La mediación familiar se reguló en Galicia por medio de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, como una actividad de interés público promovida por la Xunta de Galicia en razón de la indudable utilidad pública que representa la adecuada organización y prestación de este servicio para las familias y las unidades de convivencia estable; en Valencia será de aplicación la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (23).

En cuanto a Canarias, la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar. En Castilla-La Mancha, la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar; en Castilla-León: Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar.

Por su parte, la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de la Illes Balears, se acoge hoy a la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, atribuye en los artículos 30.15 y 30.16 la competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, por una parte, en materia de acción y bienestar social, y, por otra, en materia de protección social de la familia y conciliación de la vida familiar y laboral (24).

La Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid; en el Principado asturiano, la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar; en el País Vasco, la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar para la Comunidad Autónoma del País Vasco. En cuanto a la Comunidad Autónoma andaluza, ha de tenerse en cuenta la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

laria, VII, 1-2, 2007, págs. 3 a 15); vid., también, GARCÍA PRESAS, «El procedimiento de la mediación familiar», en *AC*, 8, 2009, pág. 2 y sigs.

(21) Esta evidencia ha hecho que se incluya como nuevo epígrafe en los estudios más actualizados que abordan la pluralidad de formas y modelos de familia, así LASARTE ÁLVAREZ, *Principios*, tomo 6, Madrid, 2009, 8.ª ed., pág. 13 y XXXI.

(22) Para su comentario, vid., últ., YSAS SOLANES, «La mediación en el ámbito privado. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado», en *AC*, 13, quincena del 1 al 15 de julio de 2010, pág. 1486 y sigs. REYES BARRADA, «El proceso de mediación familiar, según la Ley catalana 1/2001, de 15 de marzo», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI*, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), 2004.

(23) Vid., ESTRUCH ESTRUCH, «La Ley de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana (Resumen)», en *Parte V: Familia y Sucesiones*.

(24) Vid., sobre su proceso y fundamentos, MUNAR BERNAT, *Notas sobre la proyectada regulación de la mediación familiar en las Islas Baleares*. Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), 2004.

En el caso navarro se regula por Orden Foral 147/2007, de 23 de julio, de la Consejería de Bienestar Social, Deporte y Juventud, por la que se clasifica el Servicio de Mediación Familiar, fundándose en la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, que en su artículo 44, que atribuye a Navarra la competencia exclusiva en materia de Asistencia Social, así como, de forma específica, en materia de política infantil y juvenil, de la tercera edad, asociaciones benéfico-asistenciales e instituciones y establecimientos públicos de protección y tutela de menores y de reinserción social, en este último caso conforme a la legislación general del Estado.

2. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES Y SU TIFICACIÓN COMO ACUERDO CON EFICACIA DE TRANSACCIÓN: ARMONIZACIÓN CON LAS REGULACIONES AUTONÓMICAS Y HOMOLOGACIÓN DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN PREVIOS A SU ENTRADA EN VIGOR

A la vista de esta pluralidad normativa y sin necesidad de que sean derogadas o armonizadas, el anteproyecto advierte que cuando se pretenda otorgar fuerza jurídica vinculante y aplicable a todo el territorio del Estado, la mediación habrá de pasar por las exigencias de esta futura Ley.

No se puede ocultar, por otra parte, que se plantearán dificultades de armonización, caso de que la legislación foral contemple regulación propia del contrato de transacción, al que se asimila el futuro acuerdo legal de mediación civil o mercantil.

Nada impide, por tanto, la convivencia de otros procesos de mediación, desprovistos, eso sí, de esta fuerza ejecutiva atribuida legalmente. De modo que la armonización y el ajuste habrá de referirse a los requisitos establecidos en la futura Ley Estatal de Mediación. En cuanto a los acuerdos existentes que pretendan alcanzar esta fuerza ejecutiva, habrá de desarrollarse un sistema de homologación para que, caso de que cumplan los requisitos de legalidad previstos por la norma, puedan disfrutar de estos beneficios procesales.

Y mediación será a estos efectos, la «negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta Ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador». Sin duda en el *iter* legislativo que se adivina próximo, este primer artículo sobre el concepto legal de mediación habrá de ser aquilatado para atender ciertas reivindicaciones de los operadores que intervienen en este procedimiento informal y privado de solución de diferencias.

No corresponde ahora fijar la naturaleza jurídica de este contrato (25), pero lo cierto es que el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que se maneja al día de hoy, engarza —como su tenor literal declara— de manera instrumental con el Derecho Civil, Mercantil y el Derecho Procesal, «con el propósito de ofrecer una regulación mínima y común aplicable a todo el territorio del Estado, y siempre que al resultado de la mediación se le quiera otorgar fuerza jurídica vinculante».

(25) Su naturaleza jurídica ha sido defendida como contrato atípico, en que se da la intervención de dos elementos subjetivos: «de un lado aquellos que están sufriendo la crisis o conflicto en cuestión, y de otro, el agente mediador» (PÉREZ GIMÉNEZ, «La mediación familiar: perspectiva contractual», en *Aranzadi Civil*, 22, 2006). En cuanto al texto del anteproyecto, pese a sus aciertos, se hace acreedor de algunas críticas, por

De este modo y dada «la proximidad del acuerdo de mediación con el contrato de transacción del Código Civil lleva a introducir en esta norma los ajustes que se han considerado necesarios», añadiéndose en la Disposición Final primera del Anteproyecto un nuevo párrafo al artículo 1.809 del citado cuerpo legal, por lo que el segundo párrafo de este precepto declarará que «el acuerdo de mediación civil y mercantil tendrá efectos de transacción cuando se realice como procedimiento alternativo para la solución de un conflicto entre particulares, se lleve a cabo con intervención de un tercero que reúna los requisitos legales y profesionales para su intervención, de acuerdo con su ley reguladora».

Por otra parte, y como fundamenta el Anteproyecto, la Ley transpone la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, también advierte, que su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea. La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. En cambio, la regulación de la Ley conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretenda tener un régimen jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles. Empero es evidente que el principal impulsor de esta fórmula es el nuevo Derecho de la Unión (26).

3. JUSTICIA RESTAURATIVA Y DESCONGESTIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES: LA MEDIACIÓN CIVIL Y FAMILIAR COMO REMEDIO AL ATASCO JUDICIAL

Llamado a ser objeto de análisis el *proyectado sistema de mediación en los conflictos familiares*, ya ha sido emitido Informe del Ministro de Justicia sobre tres anteproyectos de ley: el de Mediación, el de reforma de la Ley de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje institucional en la Administración General de Estado, y el de la Ley Orgánica, complementaria y que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial para adaptar las competencias de los juzgados y tribunales en estas materias. Todas estas iniciativas, incluidas en el Plan de Modernización de la Justicia 2009-2010 y en la Estrategia de Economía Sostenible, representan un importante impulso normativo la resolución de conflictos en el ámbito extrajudicial, lo que permitirá a los ciudadanos solucionar sus diferencias y conflictos sin necesidad de acudir a un juicio (27).

Por su parte, la que sea *futura Ley de Mediación* ha de incorporar al ordenamiento español la Directiva comunitaria de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación transfronteriza en asuntos civiles y mercantiles. *Adicionalmente al aprobarse también con la Ley de Mediación el Estatuto de la persona mediadora y al haberse planteado cuestiones interesantes sobre responsabilidad civil*, se les obligará a contratar una póliza que cubra los riesgos de su actividad, así como a estar inscrito en un registro público y de información gratuita para los ciudadanos. Por tanto serán regulados los dere-

ejemplo, sobre su obligatoriedad (vid., PÉREZ CONESA, «Mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Aranzadi Civil*, 4/2010).

(26) Vid., sobre el alcance de esta afirmación, DÍAZ-AMBRONA (Dir.), *Derecho Civil de la Unión Europea (adaptado al Tratado de Lisboa)*, Madrid, 2010, 4.^a ed.

(27) Así lo ha declarado el señor Ministro de Justicia, según consta en el Diario de Sesiones del Congreso. Pleno y Diputación de la IX Legislatura, 143, 2010, págs. 23 y 24.

chos y deberes de las personas mediadoras y el de los servicios e instituciones de mediación, que igualmente deberán inscribirse en el registro. Según dicho Informe, la Ley potencia, además, la mediación a través de medios electrónicos, en la medida en que se insta a su uso y se establece como preferente (28).

4. LA MEDIACIÓN COMO RECOMENDACIÓN JUDICIAL Y *OBITER DICTA*

Por fin, se enlaza el Derecho de Sucesiones con la mediación, ya que, como señala la sentencia de 20 de mayo de 2010, donde el ponente se remite a resoluciones que firmó precedentemente: «Sin embargo, no es baldío recordar aquí lo que ya las sentencias de esta sala de 2 de julio de 2007, 3 de julio de 2007, 5 de marzo de 2010, sobre la mediación. Este caso, propio de una sucesión *mortis causa*, no sólo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes en autos, que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la ley lo hubiera previsto, que no la hay, pero aparece cada vez más una corriente favorable a la misma, que ha tenido reflejo legal en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del Derecho Privado, y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elevado al Consejo de Ministros por el de Justicia el 19 de febrero de 2010. En todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica».

No cabe duda de que esta modalidad de resolución de conflictos cubre lagunas y resuelve la brecha que abre el proceso judicial, si bien quizá haya que apuntar que la brecha no está tanto en la justicia y en sus males, como en la dificultad de resolver las diferencias de las partes vinculadas familiarmente si, de forma adicional, convergen intereses patrimoniales al litigio.

(28) Representantes de los colegios profesionales del mundo del Derecho, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria han acogido de forma muy positiva el Anteproyecto de Ley de Mediación, elaborado por la Consejería de Justicia, cuyo contenido les ha sido avanzado por su titular (*Diario La Ley*, núm. 7445, Sección «Hoy es Noticia», de 15 de julio de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY). Por su parte, Margarita Uría (CGPJ) afirma que la mediación contribuye a la justicia restaurativa y desatasca los juzgados (*Diario La Ley*, núm. 7450, Sección «Hoy es Noticia», de 21 de julio de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY). Por su parte, la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil parece que inquieta a otros sectores implicados.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA, «Comentarios a la Sección 10.^a del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (Dir.), Madrid, 1998, 2.^a ed.
- ARREGUI GIL, «Comentario a la Ley 248: Legado alternativo. Título IX. De los legados», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (Dir.), Tomo XXXVII, vol. 1.º, Madrid, 1998.
- CUADRADO PÉREZ, *El legado alternativo*, Madrid, 2003.
- DÍAZ-AMBRONA (Dir.), *Derecho Civil de la Unión Europea (adaptado al Tratado de Lisboa)*, Madrid, 2010, 4.^a ed.
- GARCÍA CANTERO, «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código Civil», en *RCDI*, 497, 1973, págs. 781 a 810.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Comentarios a la Sección 10.^a del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Pamplona, 2009, 3.^a ed., págs. 1030 a 1067.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión 1992).
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, I, *Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2009, 15.^a ed.
- *Principios de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2009, 13.^a ed.
- *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2008, 5.^a ed.
- MORENO QUESADA, «El cumplimiento del legado de cosa ajena», en *ADC*, 1961, pág. 615 y sigs.
- MOREU BALLONGA, *El legado genérico en el Código Civil*, Madrid, 1991, 1.^a ed.
- MOZO BRAVO, «El legado de inmueble específico y determinado», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, t. I, Madrid, 1988, pág. 443 y sigs.
- O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil. Tomo 5 (Derecho de Sucesiones)*, Barcelona, 1999.
- OSSORIO SERRANO, «Comentario al artículo 874 del Código Civil», PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO, PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2134 a 2136.
- ORTUÑO MUÑOZ, «Prólogo», *Mediación familiar (Conflicto: técnicas, métodos y recursos)*, SORIA, VILLAGRASA y ARMADANS, Barcelona, 2008.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, 3, *Artículos 40 al final de la Ley del Registro Civil*, Madrid, Edersa, 2005.
- PÉREZ ÁLVAREZ, «Comentario crítico de “El legado genérico en el Código Civil, de José Luis MOREU BALLONGA, Madrid, 1991”», en *RCDI*, 612, 1992, pág. 2252 y sigs.
- ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.^a ed.
- SORIA, VILLAGRASA y ARMADANS, *Mediación familiar (Conflicto: técnicas, métodos y recursos)*, Barcelona, 2008.
- TORRES ESCÁMEZ, «La mediación como medio de solución de conflictos jurídicos. La necesidad de su urgente regulación», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 448, 2000.

VILLAGRASA ALCAIDE, «El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos», en *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), Madrid, 2007, págs. 130 a 143.

VIVAS TESÓN, «La interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento. Comentario a la sentencia del TSJ de Cataluña, de 22 de enero de 2004 (RJ 2004/1027)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 13, 2004, págs. 335 a 346.

RESUMEN

LEGADO ALTERNATIVO. FACULTAD DE ELECCIÓN MEDIACIÓN TESTAMENTARIA

Estas líneas tienen por objeto la revisión de uno de los tipos de legado previstos por el Código Civil español. En particular, nos centraremos en las características propias del legado alternativo del artículo 874, que declara que, en éstos: «se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador». De modo que la propia configuración legal reserva al testador un amplio margen de libertad, al imputarle la posibilidad de determinar sobre quién recae la facultad de elección presupuesta, eso sí, la necesaria concurrencia y pluralidad de prestaciones consustanciales a la figura. En cuanto a las reglas y criterios aplicables al objeto de este legado, son las contenidas en los artículos 1.131 a 1.136 sobre las obligaciones alternativas. En buena lógica, y en principio el heredero quedará constreñido al cumplimiento de una obligación única de entre las pluralmente previstas por el causante. De entre las cuestiones más discutidas sobre los perfiles de la institución, destacaremos el contenido de la doctrina sentada por la DGRN, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los pronunciamientos de las Audiencias, en materia de forma de pago, constancia registral de la elección efectuada y su aceptación; sin olvidar que la doble vertiente, patrimonial y fami-

ABSTRACT

ALTERNATIVE BEQUEST. POWER OF CHOICE TESTAMENTARY MEDIATION

These lines review one of the types of bequests provided for by the Spanish Civil Code. Particular focus is aimed at the characteristics of the alternative bequest as discussed in section 874 of the Civil Code, which declares that, in alternative bequests, «the provisions for obligations of the same species will be observed, save modifications stemming from the testator's express wishes». So, the concept's very legal configuration reserves ample freedom for the testator, by allocating to him the possibility of determining who shall have the power to choose, assuming, of course, that the necessary concurrence and plurality of benefits that are consubstantial with the concept exist. The rules and criteria applicable to the object of the bequest are contained in sections 1,131 to 1,136 on alternative obligations. In fairness, logically the heir is supposed to be constrained to comply with a single obligation from amongst several obligations provided for by the decedent. From amongst the issues most often discussed on the profiles of the institution, the authors stress the contents of the doctrine established by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, Supreme Court case law and provincial appellate courts' pronouncements on the subjects of form of payment and registration of the choice made and its acceptance. Nor

liar de las controversias derivadas de la sucesión mortis causa, puede ser ventilada por una de las técnicas no judicial de resolución de conflictos, como es la mediación. En su virtud, daremos cuenta del estado del iter legislativo de la futura Ley estatal en la materia y de los aspectos más relevantes de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

do the authors overlook the fact that the two facets (the asset-related facet and the family-related facet) of the controversies stemming from mortis causa succession can be dealt with using one of the non-judicial techniques of conflict resolution, such as mediation. The authors report on the status of the legislative process of the future national law on the matter and on the more-relevant aspects of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

5. Obligaciones y Contratos

LA COMPRAVENTA DE FINCA RÚSTICA CONSTANDO UN ARRENDAMIENTO HISTÓRICO INSCRITO EN LA FINCA DE PROCEDENCIA: ANÁLISIS DE LA RDGRN DE 5 DE ABRIL DE 2010

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DE LA DGRN DE 5 DE ABRIL DE 2010.—III. EFECTOS REGISTRALES.

I. INTRODUCCIÓN

Ya desde el Derecho romanista, el arrendamiento procede tanto en su esencia como en su regulación de la *locatio conductio* romana y en concreto del contrato de colonato que constituye su variedad rústica. Sin embargo, como señala DE LOS MOZOS (1): «a lo largo del derecho intermedio viene directamente influido, en su pureza técnico-jurídica, como relación jurídica obligatoria, no sólo por el precario postclásico, sino también por otras formas de uso y disfrute de la tierra, procedentes de la tradición vulgar y del confusionismo feudal que le atribuyen rasgos diferentes».

La regulación que hace el Código Civil de esta materia, así como su insuficiencia para resolver los problemas planteados en la práctica, dieron lugar a la aparición de una legislación especial en la materia. Se inicia así una legis-

(1) Véase DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, ed. Dykinson, 2005, pág. 22.